



University of Groningen

Vereende machten in de strijd tegen klimaatverandering?

de Graaf, K. J.

Published in:
Tijdschrift voor Omgevingsrecht

DOI:
[10.5553/TO/156850122018018004001](https://doi.org/10.5553/TO/156850122018018004001)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
de Graaf, K. J. (2018). Vereende machten in de strijd tegen klimaatverandering? Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2018(4), 151-154. <https://doi.org/10.5553/TO/156850122018018004001>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Vereende machten in de strijd tegen klimaatverandering?

Prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf*

1 Urgenda-arrest: nieuwe balans in de trias?

Op 9 oktober 2018,¹ één dag voor de tiende ‘Dag van de duurzaamheid’,² wees het Hof Den Haag arrest in het hoger beroep van de Staat tegen de inmiddels wereldberoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag inzake Urgenda.³ De Stichting Urgenda tracht in die zaak met een tegen de Staat gerichte, op art. 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) gebaseerde (gebods)actie bij de civiele rechter een ‘revolutie met recht’ te ontketen en het maatschappelijke thema van klimaatverandering aan de orde te stellen door middel van het recht.⁴ In de uitspraak van 24 juni 2015 concludeerde de rechtbank – zoals bekend – dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm geschonden was, omdat de overheid onvoldoende doet tegen de dreigende gevaarlijke situatie. Bijzonder in die uitspraak was allereerst dat in de beoordeling de zogenoemde Kelderluik-criteria een rol speelden.⁵ Daarnaast was opmerkelijk dat reflexwerking werd toegekend aan normen in internationale verdragen die geen

rechten voor burgers creëren en waarop burgers zich dus niet kunnen beroepen voor de Nederlandse rechter. Opzien baarde ook de conclusie dat causaal verband werd aangenomen tussen het nalaten van de overheid en de dreigende gevaarlijke klimaatverandering. Wegens schending van de zorgvuldigheidsnorm werd de Staat een onrechtmatige daad verweten en verplicht om het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te beperken of te doen beperken dat dit volume aan het einde van het jaar 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990. Urgenda kon zich naar het oordeel van de rechtbank niet beroepen op de in art. 2 en 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) neergelegde mensenrechten (respectievelijk recht op leven en recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven); art. 34 EVRM zou een dergelijk beroep niet toelaten omdat een rechtspersoon geen ‘recht op leven’ of ‘privéleven’ geniet, zodat niet zou kunnen worden voldaan aan het slachtoffercriterium van die bepaling. De Staat gaf direct aan dat hij uitvoering zou geven aan de uitspraak, maar tegelijkertijd hoger beroep zou instellen.

Een van de belangrijke argumenten voor de Staat om tegen deze uitspraak in het geweer te komen, was de overtuiging dat de Rechtbank Den Haag met het bevel de grens tussen de rechterlijke macht en de politiek (zo men wil: de wetgevende en/of uitvoerende macht) had overschreden of in elk geval had herschreven. Als wordt uitgegaan van de wetenschap dat de dreiging van gevaarlijke klimaatverandering reëel is en het voor 2020 wetenschappelijk onderbouwde doel moet worden gehaald teneinde dat gevaar (enigszins) af te wenden, dan nog is het volgens de Staat niet aan de civiele rechter maar aan de politiek om te bepalen op welke wijze en

151

* Prof. mr. K.J. de Graaf is adjunct-hoogleraar bestuursrecht en duurzaamheid aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, AB 2018/417 m.nt. Backes & Van der Veen, JM 2018/128 m.nt. Douma.

2. Volgens de website www.dagvandeduurzaamheid.nl de laatste keer dat Urgenda het initiatief voor de organisatie van die dag heeft genomen.

3. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 m.nt. Backes, O&A 2015/58 m.nt. Van der Veen.

4. R.H.J. Cox, *Revolutie met recht*, Stichting Planet Prosperity Foundation 2011.

5. Zie HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (Kelderluik) over gevaarzetting.

in welk tempo dat gebeurt. Het door de rechtbank uitgevaardigde gebod was uiteraard geen echt wetgevingsbevel in de zin van een verplichting om een formele wet uit te vaardigen,⁶ maar volgens velen toch wel een – vanuit het idee van machtscheiding – ongeoorloofde inmenging in het primaat van de politiek.

Toch wel verrassend bevestigde het Hof Den Haag op 9 oktober 2018 de uitspraak van de rechtbank. Het lijkt daarvoor bovendien een steviger juridisch fundament te hebben gevonden. Niet langer wordt de Staat immers verweten een *ongeschreven* zorgvuldigheidsnorm te schenden. Nu wordt geoordeeld dat Urgenda zich namens de huidige generatie Nederlanders op de in art. 2 en 8 EVRM neergelegde mensenrechten kan beroepen en dat art. 34 EVRM daaraan niet in de weg staat (omdat daarin enkel de toegang tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt geregeld). Sterker, het hof interpreteert de betreffende mensenrechten zo dat de daaruit voortvloeiende positieve verplichting voor de overheid om tegen de mensenlevensbedreigende klimaatverandering op te treden, wordt geschonden in het geval de overheid inzet op een minder ambitieus CO₂-reductiedoel voor eind 2020 dan het doel dat Nederland als Annex I-land in het verleden telkenmale heeft onderschreven en waarvan de Staat, met name op basis van klimaatwetenschappelijke argumenten, jarenlang is uitgegaan, namelijk een minimale reductie per 2020 van 25% (vgl. r.o. 72). Dat gaat ver. Bijzonder is in dat verband zeker dat het hof in de redenering uitdrukkelijk een beroep doet op het voorzorgsbeginsel en dat beginsel accepteert als ‘algemeen aanvaard beginsel van internationaal recht’ (vgl. r.o. 63). Weliswaar heeft de overheid bij de keuze van de maatregelen om invulling te geven aan de positieve verplichting een ‘wide margin of appreciation’, maar onder meer het voorzorgsbeginsel brengt volgens het hof met zich dat de Staat niet kan kiezen voor maatregelen waarvoor geldt dat een reële kans bestaat dat de reductie lager uitkomt dan 25% in 2020. Kort en goed, de in het EVRM neergelegde mensenrechten dwingen de Staat ertoe meer te doen tegen klimaatverandering dan de 19-27% CO₂-emissiereductie die verwacht wordt. Het bevel van de rechtbank wordt derhalve bekrachtigd. Een ‘margin of appreciation’ wordt de overheid dus niet gegund als het gaat om het eind 2020 *minimaal* te bereiken doel. Al snel besliste de Staat in cassatie te gaan, louter om van de Hoge Raad – op enig moment – te horen of nu sprake is van ongeoorloofde rechterlijke inmenging in het politieke domein, of dat simpelweg – zoals het hof stelt – een schending van mensenrechten door de Staat aan de orde is, waardoor maatregelen zijn geboden.

De Stichting Urgenda heeft eraan bijgedragen dat de strijd tegen klimaatverandering als complex en dyna-

misch maatschappelijk thema op de Nederlandse agenda staat, daarbij geholpen door het recht en de rechterlijke macht. Een schijnbaar succesvol voorbeeld van strategisch procederen (meer daarover in par. 2). Gaat de rechter met het gegeven bevel nu te veel op de stoel van de politiek zitten? Er zijn nogal wat juristen die niet schuwen dat oordeel te vellen. Hoewel het ook mij niet zou verbazen als de Hoge Raad tot dat oordeel zou komen, is – gelet op de bewoording – van een expliciet wetgevingsbevel geen sprake. Dat was ook het slimme betoog van Urgenda, waarvan het hof oordeelt dat het door de Staat onvoldoende is bestreden. Het hof overweegt zelfs nadrukkelijk (in r.o. 68) dat aan het bevel ook voldaan kan worden zonder het uitvaardigen van regelgeving, bijvoorbeeld door het sluiten van een klimaatakkoord.⁷ Over dat oordeel is het laatste woord echter nog niet gezegd. Relevant voor de procedure in cassatie lijkt immers de vraag of ook de Hoge Raad van oordeel is dat de Staat (voldoende) mogelijkheden heeft om aan het bevel te voldoen zonder regelgeving uit te vaardigen; of althans de vraag of de Staat het betoog van Urgenda op dat punt kan ontkrachten.

Nu de Staat al sinds juni 2015 stelt uitvoering te geven aan het bevel van de rechtbank, er ook door de decentrale overheden wordt onderhandeld over een klimaatakkoord (voor de doelen in 2030) en in 2018 een brede coalitie in de Tweede Kamer zich achter een vernieuwd wetsvoorstel voor een Klimaatwet schaarde, lijkt het erop dat Nederland nu met vereende machten de strijd tegen de klimaatverandering aangaat. Dat is uiteraard ook nodig. Maar de juridische afdwingbaarheid is op alle punten zwak. De rechter kan in casu in elk geval niet een concreter bevel geven, het opleggen van een dwangsom is (nog) niet aan de orde, het wetsvoorstel voor een klimaatwet moet worden beschouwd als een minimalistische⁸ variant van de in het Verenigd Koninkrijk sinds 2008 geldende en vrij succesvolle Climate Change Act, en de nabije toekomst moet uitwijzen of een klimaatakkoord met voldoende – door het Planbureau voor de Leefomgeving getoetste – maatregelen en projecten voor de dag komt om de doelen van 2030 te halen. Kortom, het kan allemaal prachtig worden, maar voor je het weet, is niet alleen sprake van nuttig strategisch procederen, maar ook van strategische rechtspraak, symboolwetgeving en haperingen in het poldermodel.

2 De inhoud: strategisch procederen

In deze aflevering van TO verschijnt een drietal stukken die zijn geschreven naar aanleiding van de studiemiddag

6. Zie over die problematiek G. Boogaard, Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013. Zie ook par. 3 in de bijdrage van Eddie Bauw in deze aflevering van dit tijdschrift.

7. Het afsluiten van een akkoord is echter niet door de Staat af te dwingen (zonder regelgeving). Minder nadrukkelijk, maar sinds het arrest van het hof weer meer op de voorgrond, is de optie om kolencentrales te sluiten, zie in dat verband ook <https://www.internetconsultatie.nl/kolencentrales> (sluiten pas in 2025 en 2030).

8. Vgl. Ch.W. Backes, De Klimaatwet – de meest ambitieuze of de meest minimalistische ter wereld?, TBR 2018/150.

‘Toegang tot de rechter: strategisch procederen in het milieurecht’, georganiseerd door de Vereniging voor Milieurecht (VMR) op 31 mei 2018. Deze bijdragen zijn afgerond op 1 oktober 2018 en konden daarom geen rekening houden met het op 9 oktober gewezen arrest van het Hof Den Haag inzake Urgenda. Strategisch procederen wordt in de bijdragen steeds begrepen als het gebruik van juridische procedures voor het agenderen van maatschappelijke thema’s. Een terugkerende vraag is of ons Nederlands procesrecht, dat doorgaans de bevoegde rechter voorziet van een rijk geoutilleerde gereedschapskist voor het beslechten van individuele geschillen, ook geschikt is om dergelijke thema’s aan de orde te stellen. De drie bijdragen betreffen een internationaal- en Europeesrechtelijk perspectief op de toegang tot de rechter, een kijk op de rol van de civiele rechter en een op die van de bestuursrechter.

Gerrit van der Veen vraagt zich in zijn bijdrage ‘Strategisch procederen in het milieurecht: bestuursrechter en civiele rechter’ af of er recent wijzigingen zijn opgetreden in het strategisch procederen en stelt dat er vaker ‘bovenindividuele’ zaken, grote maatschappelijke vraagstukken, aan de rechter lijken te worden voorgelegd. Bijvoorbeeld over luchtkwaliteit en klimaatverandering. Het behartigen van algemene of collectieve belangen is al geruime tijd mogelijk (vgl. art. 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en art. 3:305a BW), maar de bestuursrechter lijkt – gelet op het beschikkingenprocesrecht waarmee hij moet werken – minder mogelijkheden te hebben dan de civiele rechter om dergelijke geschillen te beslechten. Gezien de ontwikkelingen op het terrein van de exceptieve toetsing en de introductie van de *amicus curiae*-regeling lijkt de bestuursrechtspraak overigens beter geëquipeerd dan in het verleden. Van der Veen vraagt ook aandacht voor andere mogelijke problemen, zoals de bewijspositie van partijen in het civiele recht, de verhouding tussen de rechtsmacht van de bestuursrechter en de civiele rechter en de relevante vraag hoe een rechter kan omgaan met een veranderend maatschappelijk debat of een zich nog ontwikkelend kennisniveau betreffende een maatschappelijk thema.

Eddie Bauw richt zich op het strategisch procederen bij de civiele rechter onder de titel ‘De bakens verzet (!?)’. Zijn helder opgebouwde betoog stelt dat de civiele rechter, als het gaat om het stellen van algemene regels door bestuursorganen en om het (nalaten van) feitelijke handelen, nog altijd de hoofdrol speelt en niet de bestuursrechter. Stichtingen en verenigingen gebruiken het collectief actierecht (art. 3:305a BW) tegen de overheid om een maatschappelijk belang te behartigen. Zodra echter kan worden gesproken van ‘public interest litigation’ is duidelijk, aldus Bauw, dat de civiele rechter in politiek vaarwater terechtkomt. Een terughoudende rol is daar passend, gelet op de gebrekkige democratische legitimatie van de rechtspraak, terwijl een activistische rol gerechtvaardigd kan zijn door de wens het vertrouwen in de rechtsstaat te versterken. Bauw ziet

scherp dat een civiel vonnis tegen de overheid dat verder gaat dan een constatering dat onrechtmatig wordt gehandeld, al snel leidt tot de vraag of de rechter wel voldoende geëquipeerd is, laat staan gelegitimeerd, om dergelijke verstrekende uitspraken te doen. Daargelaten hoe terughoudend of juist activistisch de civiele rechter zich zou mogen opstellen, concludeert Bauw dat de civiele rechter beter moet worden toegerust voor de berechting van geschillen over collectieve en algemene belangen. Daar zijn ook wel wijzigingen te zien, zoals het gebruik van de *amicus curiae*-regeling en het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.⁹

Zo analyseert Ernst Plambeck in zijn bijdrage, zoals hij in eerdere publicaties ook al samen met Lorenzo Squintani deed,¹⁰ of het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming tegen plannen en programma’s voldoet aan de eisen die voortvloeien uit (met name art. 9, tweede en derde lid, van) het Verdrag van Aarhus en (de implementatie daarvan in) het Unierecht. Betoogd wordt dat in Nederland de toegang tot de rechter in milieuzaken te wensen overlaat. Omdat tegen plannen en/of programma’s doorgaans geen rechtstreeks beroep openstaat op de bestuursrechter, kijkt Plambeck in eerste instantie nog hoopvol naar de – wellicht qua indringendheid veranderende – mogelijkheid van exceptieve toetsing. De bestuursrechter is uiteraard wel bereid om een plan of programma, bijvoorbeeld een waterplan of het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit, te betrekken bij de beoordeling van een besluit over een concreet project. Er zijn echter bezwaren, zo stelt Plambeck. De terughoudende wijze van (exceptief) toetsen – zeker in combinatie met het relativiteitsvereiste – betekent doorgaans dat het plan of programma die toets wel zal overleven. De beroepsprocedure tegen het appellabele besluit voor een concreet project staat bovendien slechts open voor een beperkte groep belanghebbenden; dat terwijl het publiek, dat vaak wel mag participeren in de voorbereiding van het plan of het programma, belang heeft bij een goed werkend plan of programma. Het ontbreken van rechtstreeks beroep tegen plannen en programma’s betekent ook dat er een (aanzienlijke) tijdsperiode ligt tussen het moment van vaststelling en het moment waarop zich de gelegenheid voor een exceptieve toets voor zou doen. Plambeck redeneert dat ook de aanvullende rechtsbescherming van de civiele rechter, die in voorkomend geval tot niet-ontvankelijkheid concludeert indien exceptieve toetsing bij de bestuursrechter mogelijk is, deze mogelijke strijdigheid met de eisen van het Verdrag van Aarhus waarschijnlijk onvoldoende opheft.

9. Een recent en voor Groningers buitengewoon relevant voorbeeld biedt Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4009.

10. L. Squintani & E.J.H. Plambeck, Judicial protection against plans and programmes affecting the environment. A backdoor solution to get an answer from Luxembourg, *Journal for European Environmental & Planning Law* 2016, afl. 3-4, p. 294-324.

3 De inhoud: nadeelcompensatie onder de Omgevingswet

In dit tijdschrift is steeds ruim aandacht voor de ontwikkeling van de stelselherziening in het omgevingsrecht en deze aflevering is geen uitzondering. Het betreft ditmaal geen algemene voortgangsrapportage, maar een specifiek onderwerp. Berthy van den Broek schetst in haar bijdrage op heldere wijze de *fundamentele* veranderingen die de stelselwijziging met zich brengt voor het (algemene) systeem van nadeelcompensatie. Het in de Omgevingswet (Ow) neergelegde stelsel maakt zoals bekend enkele keuzes die zeer relevant zijn voor de nadeelcompensatiepraktijk. Van den Broek gaat in op de keuze om – in afwijking van de in 2013 voor de regeling van nadeelcompensatie in de Awb gemaakte keuze – een limitatieve, wettelijke lijst van schadeoorzaken op te nemen (art. 15.1 Ow), bij ‘indirecte schade’ de peildatum voor nadeelcompensatie te verschuiven van het omgevingsplan naar de verlening van de omgevingsvergunning of de start van de vergunningsvrije activiteit, en tot slot om in de Ow materiële normen voor nadeelcompensatie op te nemen die afwijken van de huidige jurisprudentie. Gelet op de kritische reacties op de eerder gepubliceerde consultatieversie en het advies van de Raad van State, onderzoekt Van den Broek in hoeverre deze hebben geleid tot aanpassingen. Dat blijkt enigszins tegen te vallen, zodat serieuze zorgen¹¹ blijven bestaan en nader debat (in de Tweede Kamer) is vereist, aldus Van den Broek. Zij doet op diverse punten doordachte voorstellen om een oplossing te vinden voor de problemen die uit de keuzes voortvloeien. Het lijkt ons dat deze bijdrage derhalve verplicht leesvoer is voor politici en juristen die betrokken zijn bij de praktijk van nadeelcompensatie en de verdere vormgeving van de Ow.

11. Zie in verband met zorgen over de doordenderende Omgevingswettrein ook het (nieuwste?) ‘bommetje’ onder dat hele proces. De Eerste Kamercommissie IWO verzocht minister Ollongren op 8 november 2018 om een separate (wettelijke) voorziening, die het parlement in staat zou stellen een finaal go/no-go-oordeel te geven. Over een dergelijke voorziening zou de Raad van State om een voorlichting moeten worden gevraagd. Tevens wordt verzocht om een commissie van onafhankelijke externe deskundigen in te stellen (bijv. aan te duiden als Transitie Autoriteit Omgevingswet: TAO), die een extern oordeel zou kunnen bieden over de voortgang en de kwaliteit, maar ook over mogelijke tekortkomingen, en zodoende de finale parlementaire afweging kan faciliteren.